

Informe 9/11, de 15 de diciembre de 2011. “Cuestiones relacionadas con la disposición transitoria quinta de la LCSP y la aplicación del artículo 54.1 de la Ley.”

Clasificación de los informes: 9. Clasificación de las empresas. 9.3 En los contratos de servicios.

ANTECEDENTES.

El Alcalde de Santa Margalida (Islas Baleares, Mallorca) dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

“Al amparo del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y en virtud del principio de colaboración entre las administraciones públicas; por medio del presente le solicito que a la mayor brevedad tenga a bien dictaminar la adjunta consulta sobre diversas cuestiones relativas a la aplicabilidad del artículo 54.1 con relación a la Disposición Transitoria 5a de la LCSP, que se describen en la adjunta consulta.

Consulta que se acompaña para dictaminar por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la aplicación del artículo 54.1 con relación a la disposición transitoria quinta de la LCSP.

El primer párrafo del artículo 54.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP), establece que:

Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II.

La disposición transitoria quinta de la LCSP dispone que:

El apartado 1 del artículo 54, en cuanto determina los contratos para cuya celebración es exigible la clasificación previa, entrará en vigor conforme a lo que se establezca en las normas reglamentarias de desarrollo de esta Ley por las que se definan los grupos, subgrupos y categorías en que se clasificarán esos contratos, continuando vigente, hasta entonces, el párrafo primero del apartado 1 del artículo 25 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El artículo 25.1 del Texto Refundido establece que:

Para contratar con las Administraciones públicas la ejecución de contratos de obras o de contratos de servicios a los que se refiere el artículo 196.3, en ambos casos por presupuesto igual o superior a 120.202,42 euros, será requisito indispensable que el empresario haya obtenido previamente la correspondiente clasificación. Se exceptúan de este requisito los contratos comprendidos en las categorías 6 y 21 del artículo 206 y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

Respecto a los contratos de obras hay que señalar que la Disposición Adicional Sexta del Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, establece lo siguiente:

A partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, no será exigible la clasificación en los contratos de obras de valor inferior a 350.000 euros.

La disposición transitoria quinta de la LCSP plantea una serie de dudas respecto a la aplicación efectiva del nuevo régimen de clasificación empresarial con relación a los contratos de servicios. En este sentido, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda emitió el informe 37/08, de 25 de abril, en el que se concluye que los nuevos límites cuantitativos de los contratos a partir de los cuales se debe exigir la clasificación empresarial recogidos en el artículo 54.1 de la LCSP, así como la clasificación de los empresarios que opten a la adjudicación de los contratos de servicios incluidos anteriormente en la categoría de contratos de consultoría y asistencia no será exigible sino a partir del momento en que las futuras normas de desarrollo reglamentario hayan establecido el régimen jurídico

correspondiente. El expresado informe considera que la remisión que la disposición transitoria quinta hace al párrafo primero del artículo 25.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, es a la totalidad del precepto y no solamente a la exigencia de clasificación a los empresarios que opten a la adjudicación de los contratos de servicios anteriormente incluidos en la categoría de contratos de consultoría y asistencia.

Congruentemente con lo expuesto se debería entender, aunque en el citado informe no se hace ninguna referencia, que la demora en la aplicación del párrafo primero del artículo 54.1 de la LCSP afectaría también al régimen de exención de la exigencia de clasificación empresarial de las categorías de contratos de servicios recogidos en éste (categorías 6, 8, 21, 26, Y 27 del Anexo II de la LCSP), manteniendo, pues, su vigencia las exenciones del artículo 25.1 del Texto Refundido.

Por todo ello, se solicita DICTAMEN de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre las siguientes cuestiones:

- a) Si en los contratos de servicios superiores a los 120.202,42 euros debe ser exigida necesariamente la correspondiente clasificación empresarial, con las excepciones que se contemplan en el artículo 25.1 del TRLCAP.
- b) Si los contratos de servicios incardinados en las categorías 6, 8, 21, 26, y 27 del anexo II de la LCSP están excluidos o, en su defecto, sujetos a clasificación empresarial.
- c) Si el artículo 54.1 de la LCSP no resulta aplicable en tanto no entre en vigor la norma reglamentaria que desarrolle los correspondientes preceptos de la LCSP, con relación a las cuantías de los contratos de servicios y el régimen de exención de la clasificación de los mismos.
- d) Si la Disposición Transitoria Quinta de la Ley sólo establece el régimen transitorio para los contratos de servicios cuya clasificación es exigible en la LCSP, y no para los que no lo es, siendo de aplicación plena el artículo 54.1 para los contratos de servicios para los que dicho precepto legal excluye la exigencia de clasificación.
- e) Si los contratos de servicios –incardinados o incluidos en la categoría 27 del anexo II de la LCSP están o no sujetos a regulación armonizada, siempre que la cuantía sea superior a los 193.000 euros. Para el supuesto negativo, si la adjudicación del contrato (categoría 27 y de importe superior a los 193.000 euros) debe ser comunicada a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación (artículo 138.3 LCSP), aunque el anuncio de licitación no haya sido objeto de publicación en el DOUE”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Alcalde de Santa Margalida plantea a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa una serie de cuestiones todas ellas referidas a la interrelación entre el artículo 54.1, que regula la exigencia de la clasificación de las empresas, y la disposición transitoria quinta, sobre determinación de los casos en que es exigible la clasificación de las empresas, ante dudas que le han surgido relacionadas con su aplicación.

Hace en su exposición, cita expresa del Acuerdo que esta Junta Consultiva adoptó en 28 de abril de 2008, - informe número 37/08-, próxima entonces la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que se adoptaban medidas interpretativas que se estimaron necesarias para aportar soluciones de tal carácter que se podían ponderar desde la expresión literal de ambos preceptos.

En tal acuerdo se precisó que los límites cuantitativos de los contratos, a partir de los cuales debe exigirse la clasificación, así como la clasificación de los empresarios que opten a la adjudicación de los contratos de servicios incluidos con anterioridad en la categoría de contratos de consultoría y asistencia no será exigible sino a partir de la fecha a que se refiere la disposición transitoria quinta de la Ley, es decir cuando se produzca la entrada en vigor de las normas que lo regulen con ocasión del desarrollo reglamentario de la clasificación de las empresas.

Bien es cierto que, de los dos umbrales contenidos en el artículo 54.1, solo afectaba tal medida al aplicable en los contratos de obras -350.000 euros-, pues el aplicable a los contratos de servicios -120.000 euros- no experimentaba variación (202,42 €), y no es menos cierto que el umbral de aquellos contratos, los de obras, fue modificado por la disposición adicional sexta del Real decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, que frente a tal prevención transitoria lo declara aplicable.

En cuanto se refiere al tipo de contratos de servicios, que se genera por la diferencia entre contratos de servicios y contratos de consultoría y asistencia en la antigua Ley y por la diferencia en la expresión del texto respecto de las exclusiones, el acuerdo indica que la duda *“tiene sentido habida cuenta de que en la actualidad no existen grupos ni subgrupos en que puedan ser clasificadas las empresas o profesionales que opten a la adjudicación de alguno de los contratos que anteriormente se calificaban como de consultoría o asistencia. En consecuencia, no resulta posible, desde el punto de vista práctico, exigir la clasificación hasta que las normas de desarrollo de la Ley hayan establecido los grupos y subgrupos correspondientes, tal como establece la disposición transitoria mencionada”*.

Tal causa debemos traerla a colación por cuanto lo primero que han de existir para que los órganos de contratación puedan exigir la clasificación es que existan grupos y subgrupos que, correspondiendo a las diferentes actividades, permitan incorporar a tales subgrupos a aquellas empresas que hayan acreditado cumplir los requisitos fijados al efecto en la consideración de que la posible referencia al subgrupo “U.7, Otros servicios”, solo puede ser aplicada a aquellos servicios que requiriendo la exigencia de clasificación no exista otro subgrupo de posible aplicación lo que implica que en el mismo subgrupo no tengan cabida aquellas empresas que deseen concurrir a licitaciones de contratos cuyo objeto sea el que corresponda a actividades excluidas de clasificación de conformidad con el régimen transitorio establecido. Además que, cuando existan tales subgrupos, se hallan clasificado en cada uno de ellos un número suficiente de empresas que permita la normal concurrencia de las mismas a la adjudicación de contratos evitando de esta manera que se generen obstáculos a la debida concurrencia en la licitación lo que se produciría en caso contrario.

2. Expresadas estas consideraciones responderemos de manera singular a cada una de las consultas relatadas.

1ª. La primera plantea si en los contratos de servicios superiores al umbral establecido, debe ser exigida necesariamente la correspondiente clasificación empresarial, con las excepciones que se contemplan en el artículo 25.1 del TRLCAP.

La respuesta ha de ser negativa en tanto en cuanto las excepciones determinadas por el legislador afectan a más tipos de actividades que se excluyen sin que, como citamos, en nada quedan afectadas las empresas por la medida. Por tanto, no se exigirá clasificación en los contratos cuyo objeto coincida con las actividades que el artículo 54.1 excluye, toda vez que el régimen transitorio tiene, como comentamos, un fin diferente.

2ª. La segunda versa sobre si los contratos de servicios incluidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del anexo II de la LCSP están excluidos o, en su defecto, sujetos a clasificación empresarial. Por la misma razón expresada en la consulta anterior la clasificación no puede ser exigida porque así resulta del mandato de la Ley, que en el artículo 54 las excluye de tal requisito y lo confirma en la disposición transitoria quinta al indicar que estarán sujetas al régimen establecido en la misma los contratos para cuya celebración es exigible la clasificación previa, lo que implica que no puede ser aplicada cuando no se exige tal requisito, habida cuenta que en la LCAP estaban excluidos de tal requisito los servicios de las categorías 6 y 21, además de los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos de la categoría 26, y en el artículo 54 de la Ley 30/2007 se amplían los contratos de servicios excluidos de clasificación a los de las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del anexo. Opinar lo contrario daría lugar a generar una notable confusión entre los numerosos órganos encargados de la tramitación de los expedientes y entre las empresas.

3ª. La tercera consulta se plantea en primer lugar como una opción contraria a las dos primeras, en tanto en cuanto se refiere a umbral para exigir la clasificación y a supuestos en los que se excluye tal requisito.

Ya en nuestro Acuerdo de 28 de abril de 2008 se han indicado cuáles son los umbrales que han de aplicarse – los que determina el artículo 25.1 de la anterior Ley -, lo que conlleva declarar la aplicación negativa de la regla de umbrales para la exigencia de clasificación, manteniendo por aplicación del régimen transitorio los umbrales del artículo 25 de la LCAP, que posteriormente se convierte en positiva por la modificación operada por el Real decreto-ley 9/2008, que sin modificar el criterio expuesto en el informe de 28 de abril del mismo año, supone aplicar los umbrales fijados en el artículo 54.1 de la Ley de Contratos del Sector Público. La única variación que ha existido hasta la entrada en vigor del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ha sido que mientras que en los contratos de servicios se aplicaba el IVA para deducir si era o no exigible la clasificación, ya que la Ley hablaba de presupuesto del contrato, no sucedía lo mismo en los contratos de obra cuyo umbral la Ley lo ponía en relación con el valor estimado del contrato, por tanto sin aplicación del IVA., cuestión que ha quedado resuelta en la unificación de la referencia del Texto refundido, artículo 65.1, al valor estimado.

Sin embargo, en tanto no afecta al régimen transitorio, las excepciones deben aplicarse directamente, pues tal régimen queda fuera de la condición que se expresa en la disposición transitoria quinta (cuando sea exigible la clasificación) ya que para no ser aplicadas todas las excepciones, es decir que se exija la clasificación en las categorías 8, 26 en su totalidad y 27, se requiere que se creen los subgrupos necesarios y se incluyan en ellos un número suficiente de empresas, lo que aún no se ha producido.

4ª. La respuesta a la cuestión cuarta se deduce de las consideraciones expuestas por lo que no procede su reiteración.

5ª. La quinta cuestión no guarda relación con la clasificación de empresas sino que se refiere al régimen de la publicidad de los contratos de servicios incluidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II.B de la Ley de Contratos del Sector Público.

Sabido es que estos contratos no se someten al régimen común aplicable en los contratos de las categorías 1 a 16, y ello porque así resulta de que tales contratos se encuentran excluidos de la mayoría de las normas establecidas en la Directiva 2004/18/CE cuando en el artículo 21 dispone que *“la adjudicación de contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II B sólo estará sujeta al artículo 23 y al apartado 4 del artículo 35”*, normas que se refieren a la aplicación de las prescripciones técnicas y a la publicidad de la decisión de la adjudicación del contrato, que se corresponde respectivamente por su trasposición a la Ley de Contratos del Sector Público con los artículos 121.1, sobre prescripciones técnicas y preparación de los pliegos, y con el artículo 138.3, cuya lectura resolverá la duda manifestada, al indicar que se ha de comunicar a la Comisión Europea la formalización del contrato indicando si se puede publicar o no la información que se envía, a cuyo tenor: *“3. En el caso de contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II y de cuantía igual o superior a 193.000 euros, el órgano de contratación comunicará la adjudicación a la Comisión Europea, indicando si estima procedente su publicación”*.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende

1. Que reiterando en cuanto afecta a esta consulta los criterios expresados en el Acuerdo de 28 de abril de 2008 el umbral aplicable para la exigencia del requisito de clasificación de empresas no ha experimentado variación excepto la ordenada en la disposición adicional sexta del Real decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre.
2. Como consecuencia de lo establecido en la disposición transitoria quinta de la Ley, corresponde aplicar las excepciones establecidas en el artículo 54.1 de la misma Ley.
3. Los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 iguales o superiores a las cifras expresadas en los artículos 121.e y 138 de la Ley de Contratos del Sector Público están sometidos a las normas de determinación de las prescripciones técnicas y a la obligación de comunicar a la Comisión Europea el acuerdo

por el que se formaliza el contrato con indicación de si se autoriza su publicación, comunicación que deberá formalizar empleando el correspondiente formulario.